



P O R

DON IVAN ALONSO DE MOSCOSO Y POZO.

C O N

Don Francisco de Moya, por si, y como padre, y legitimo administrador de don Iosef Arias y Moscoso y Moya su hijo.

Por Martin Fernandez Zambrano, en Granada, en la calle de los Gomeles. Año de 1634.


Vnque no parecia neceſſario, para la determinacion deſte pleyto, mas de lo que eſta eſcrito por nueſtra parte; con todo eſſo, porque la contraria, en vn largo papel ha procurado reſponder a lo que ſe ha dicho en el nueſtro, y no ſe ajuſta a los terminos deſte pleyto: nos ha parecido neceſſario ſatisfazer a lo que dize, con que no ſolo en el articulo del interim, ſi no tambien en la juſticia principal, quedarà, conocida, y euidente la que tiene en todo el dicho don Iuã Alonſo.

2 ¶ Deſde el principio de la alegacion contraria, haſta el numer. 17. ſe ponen clauſulas, de q̃ en eſt e papel ſe tomara lo neceſſario, y deſde alli haſta el numer. 24. ſe propone, que en la facultad de nombrar, ſe diſtinguen dos caſos: *Vno quando la facultad de nombrar y elegir eſtà dada por los dias de la vida, o con mencion de la muerte del comiſſario, o para que aya de tener efeto deſpues de ſu dicha muerte: otro quando la facultad eſta dada ſimpliciter, para elegir, y nombrar, ſiue in vita, ſiue in morte, ſin expreſſarſe ninguna de las calidades referidas.*

3 ¶ Para eſta diſtincion ſe cita en el n. 20. a Aluaro Valaſco, conſul. 102. per totam, Molin. de primogen. lid. 2. cap. 4. num. 23. Ant. Gom. in l. 40. Taur. num. 50. Flores de Mena, variar. lib. 3. quæſt. 22. num. 16. Dom. D. Ioann. Baptiſt. Valençuel. Velazq. conſi. 63. num. 39. D. D. Ioann. del Caſtill. tom. 5. cap. 80. num. 18. y a otros que ellos citan.

4 ¶ A la diſtincion propueſta ſe añaden algunas palabras que no conuienen ala quedã los Doctores, y con ſolo ver la que dà Molina dict. cap. 4. num. 23. & ſeqq. ſe puede tomar la diſtincion comun, porque en ella, como en todo

lo

lo que escriue anda muy ajustado, y dize alli q̃ si la facultad de elegir esta restringida al tiempo de la muerte del comissario, como si se dixesse, que elija al tiempo de su muerte, o quando se muera, que podra si lo hiziesse antes vna y muchas vezes variar, porque la eleccion hecha antes, como fuera de tiempo, es inutil, si no es que se confirme con su muerte; lo mismo dize Antonio Gomez, in dict.l.40.num.50.in fin. y Aluaro Valasc.consult.102.num.23.& seqq. dõde distingue tres casos, poniendo por caso distinto quãdo se dá la facultad de elegir simpliciter, o quando se dá tam in vita, quam in morte: y resuelue, que todo viene a ser vna misma cosa, siguiendo la opinion de Molina, citada vt patet, ibi nu.29.versi. *Tertius casus est.* Y el otro caso, quando se restringe la facultad de nombrar al tiempo de la muerte del comissario. Y con esta distincion van todos los Doctores que tocaron la materia, y lo mismo dize Pedr.Surd.consil 264.nu.24.& seqq.

5 ¶ Pretendese en la alegacion contraria, dar a entender, que estamos en el primer caso de facultad restringida al tiempo de la muerte, que se puede variar antes della, lo qual no tiene fundamento por ningun camino; porque antes el fundador por palabras claras dà a entẽder lo contrario, pues dize que hecha la fundaciõ por los patronos, o por el vno, en caso que muera el otro antes de hazerla, se obserue, y guarde para siempre jamas, vt patet ibi: *Y si el vno muriere antes de otorgarse la dicha escritura de patronazgo, el que quedare viuo la pueda otorgar, que para todo le damos a ambos juntos, y muriendo el vno, al que quedare insolidum, todo nuestro poder cumplido, bastante, con libre y general administracion, como de derecho se requiere, y en tal caso es necessario, para la dicha*

cha fundacion de patronazgo: la qual queremos que assi otorgada por los dichos patronos, o por el vno en el caso referido, se obserue y guarde para siempre jamas, como si nos por nuestra propria persona lo hizieramos, y otorgaramos, &c.

6 ¶ De las palabras referidas se saca respuesta para todo lo que se dize en la alegacion contraria, en el primero articulo della, y no entendemos como se puede aplicar al primer caso la eleccion de patronos, pues las palabras en que se funda, que son, *ambos a dos juntos, por los dias de sus vidas, y muriendo el vno quede el otro vnico patron, mientras viuiere*: no se pusieron a la facultad que se les dio al Dean y Preposito, para hazer la escritura de patronazgo, si no al nombramiento que hizo dellos el Obispo, ni las que despues se refieren, ibi: *Y para despues de sus dias reseruamos en nos hazer escritura, y declarion de perpetuo patronazgo*, ni las vltimas que se refieren reciben la aplicacion que se le da, ibi: *Pero si fallecieremos antes de hazer la dicha escritura de patronazgo.* Porque todas miran a la disposicion del Obispo, que tratava de patronos que sucediessen a los nombrados. Y si fuera cierto el argumento que se haze en contrario, dieramos en vn absurdo terrible, que todas las vezes que se diesse facultad de nombrar sucessor en vn Patronazgo, o mayorazgo, por auer de surtir efeto el nombramiento despues de la muerte del antecessor, se entendiesse que estaua restringida al tiempo de la muerte del comissario, y que se podia variar vna, y muchas vezes en su vida, lo qual es contra la opinion de todos los autores que tratan la question, en materia de eleccion de mayorazgos, y fueran inutiles las distinciones que dàn, si siempre que se da facultad para nombrar sucessor, se huuiesse de entender que

quedaua restringida al tiempo de la muerte del comissario, y la decis. de Farinac. 323. tom. 1. in nouissim. cuyas palabras se refieren en la alegacion contraria, num. 24. no contradizen a lo q̃ quedà dicho, porque se auian de añadir quaquatro razones que se le siguen, ibi *Potuit autẽ reuocari vsque ad mortem cum fuerit facta in vltima volũtate, si epostea electio in tẽpus mortis collata eßet, siue simpliciter, siue tàm in vita, quám in morte concederetur, vt expreße dicit Molina, loco supra citato sub num. 36. versi. Si in vltima.* Y esto es llano conforme al lugar citado de Molina, en esta decision que dize, que la eleccion hecha en testamento, es siempre variable hasta la muerte, por surtir la naturaleza del testamento donde se haze, y los autores se han de entender cõforme a los que citan; y asi esta decision no es de importancia para este caso, y el lugar de Aluaro Valasc. in consult. 102. num. 16. & 17. se ha de entender conforme a la distincion que el mismo haze, que queda referida, y todos los autores que se citan para este assunto, se han de entéder conforme a la dicha decision: y en este caso es sin duda que no quiso el Obispo restringir al tiempo de la muerte la eleccion, ni que fuesse variable, pues dixo, que otorgada la escritura por los patronos, o por el vno, en el caso referido, se obseruasse, y guardasse para siẽpre jamas, y asi salimos del primer caso.

7 ¶ Desde el num. 25. hasta el num. 31. de la alegacion contraria, se pone el segundo caso de la distincion propuesta, que quando la facultad de elegir se dá simpliciter, seu tàm in vita, quám in morte, si se dá por cõtrato es variable, pero si por vltima voluntad, y se vsa della en cõtrato, no se puede variar, y que auiendose dado por contrato la facultad de nõbrar a los dichos patronos, pudieron variar.

A lo

8 ¶ A lo qual se satisfaze, con todo lo que esta dicho en nuestra primera alegacion, articulo segundo, que por no alargar este papel no se repite aqui, y añadimos de nueuo lo que consta por las escrituras, que despues que se ha visto este pleyto se han presentado, y es que ha auido tres escrituras antes de la que se vale la otra parte, en que el Dean varia, y muda los llamamientos de este patronazgo, y no esta preferido el que litiga, y sucede la opinion comun de los Doctores, que en los casos que es permitido variar es vna vez sola, Tiraquel. in d. l. boues. §. hoc sermone, limit. 9. num. 9. Domin. Molina, lib. 2. cap. 4. num. 36. ibi: *Sed in hoc casu eligens non pluries, sed semel tantum variare potest. is nãque, cui electione perfectè adque irreuocabiliter, facta variatio a iure concessa est, semel dumtaxat variare poterit, quod eleganter dixit Bald. in authentica habita, C. ne filius pro patre, num. 35. idque sequitur Ias. in l. Prætor, §. si aliquando, ff. de noui oper. nũtiatio. num.* 6. Domin. D. Christophor. de Paz, de tenuta, cap. 34. num. 63. Y assi constando de tantas variaciones, antes que se llegue a la escritura en que esta llamado don Francisco de Moya en primer lugar, es sin duda que su pretension no tiene fundamento.

9 ¶ Tambien se podia intentar, que la facultad dada por el Obispo al Dean, y Preposito, fue en vltima voluntad, que se comprueua con la difinicion della, quia testamentum est voluntatis nostrę iusta sentẽtia de eo, quod quis post mortem suam fieri vult, l. 1. ff. de testam. l. 1. titul. 6. part. 6. Guiller. Benedict. in cap. Raynuntius, verb. *testamentum*, el 1. de testament. Mantica, de coniect. in princip. Couarruu. rubric. de testament. & variar. lib. 3, cap 6. num. 7. & pluribus relatis, Spino, specul. testament. in rubrica

1. part.

1.part.num. 1.& seqq. vnde euenit quod omne
illud, quod est collatum legitime, & cum solem
nitatibus debitis post mortem alicuius est vlti-
ma voluntas, y assi la donacion causa mortis in
omnibus assimilatur, & est vltima voluntas, l.
fi. C. de donationib. caus. mort. vbi communit.
DD. l. Marcellus, ff. de donationib. cum alijs
Bald. consl. 239. volum. 2. y diziendolo el Obis-
po en la clausula referida, ibi: *Pero si fallecieremos antes de hazer la dicha escritura de patronazgo perpetuo, es nuestra voluntad, que los dichos Dean, y Preposito patronos ya nombrados la pueden hazer, &c.* Y assi viene a ser preciso confessar, que la
facultad concedida por el Obispo, fue por vlti-
ma voluntad, pues ni tuuo otra, y el acto q̃ auiã
de hazer era executando lo que dexó ordenado
se hiziesse para despues de su muerte, y la sole-
nidad tambien es bastante, pues tiene tres testi
gos vezinos de Malaga, y ante escriuano del nu
mero della, ex l. 1. tit. 4. lib. 5. recopil. & in dona
tione causa mortis, quæ requirit solẽnitatẽ vl-
timæ voluntatis, quod sufficiant tres testes cum
tabellione tradit Anton. Gom. 2. tom. variar. c.
4. n. 16. Caball. commun. cont. cõm. q. 208. n.
5. Y assi siendo facultad dada por vltima volun
tad, y executada en contrato, no puede ser va-
riable.

10 ¶ Tambien es preciso confessar, q̃ auiẽ-
do dicho el Obispo en la clausula que queda re-
ferida, *que otorgada la escritura por los patronos, se obserue, y guarde para siempre jamas, como si el mismo la otorgara*, no puede variarse, assi porq̃ trae
aparejada execucion, ex traditis ab Gasp. Ant.
Thesaur. quæstion. forens. lib. 1. quæst. 65. nu.
6. & per DD. in l. apud Aufidium, ff. de opinio-
ne, legat. & ex textu in cap. publicato de electio
nib. como porque las palabras, *se obseruen para*
siempre

siempre, no admiten variacion, l. semper in ciuitate, ff. de iure inmunit. & in l. Caio, §. Imperator, ff. de aliment. & cib. legat. & in l. 1. ff. de iure dotiu. cum alijs Boer. decis. 158. in princip. Surd. decis. 112. num. 4. & decis. 255. num. 7. & consi. 179. num. 14 Hercul. Marescot. variar. lib. 2. cap. 25. num. 5. Molin. de primog, libr. 1. cap. 5. num. 33.

11 ¶ Y con lo que de todo punto cessa qualquiera dificultad, es con que el Obispo dize, q̃ si el muriere antes de hazer la escritura de patronazgo perpetuo, quiere que la hagan el Dean y Preposito, y que para ello les da poder insolidũ, con libre y general administracion: y este es caso diferente del que tratan los Doctores, de quãdo se dá facultad para nombrar, pues es dar poder para otorgar vna escritura en nombre ageno que el que la otorga vna vez, y vsa del poder no puede mudarla auiendola hecho perfetamẽte, como se fundó en nuestra primera alegació.

12 ¶ Desde el num. 31. de la alegacion contraria, se proponen algunos fundamentos que no tienen necessidad de respuesta: y desde el numer. 43. hasta 47. se dize, que por no estar aceptado el nombramiento hecho en el dicho Don Iuan Alonso, se pudo reuocar, y responde en el num. 46. que la licencia que es bastante para induzirse aceptacion, y que se presume en el conjunto, como fundamos en nuestra primera alegacion num. 15. se ha de entender quando cohabita juntamente con el donante, ex Stephanus Gratan. tom. 2. cap. 362. num. 8. & seqq. Nicol. Ant. Gizarel, decis. 53. per totam; lo qual no hallo que diga Stephano Graciano, porque lo que dize es, que la presuncion de que el pariente sabe las cosas del que lo es, ex l. octaui, in fi. vnde cognati, procede maxime accedente cohabitatione,

tione,lo qual no es negar la conclusion,si no tenerla por mas segura,quando cohabita con el:y en la alegacion contraria en el num.46.ponien do las palabras de Graciano se subtrahe la palabra,*maxime*,por dar mejor color a su respuesta, lo qual no acostumbramos por no mudar muchos colores,y Stephan.Grat.cita a Alex.consi. 213.num.12.lib.2. y a otros,que todos dizen, que procede la conclusion, mayormente si ay comunicacion entre los parientes, y que la huuiesse consta de los autos,y ay cartas por donde consta de ciencia verdadera. Y de la misma manera será la decision de Nicolas Gizarelo,aunq̃ no la auemos visto,y basta ser muerto el donãte,para que no se pueda reuocar la donacion despues de su muerte,como se fundò en nuestra primera alegacion,num.13.& 14.ex Molin.de primogen.lib.4.cap.2.num.77. Fontanela, de pactis nuptialib.claus.4.glos.8.num.4.& alijs, a lo qual no se dà respuesta,ni la tiene.

13 ¶ Desde el num.47.hasta fin del primer articulo de la alegacion contraria,se hazen algunas consideraciones a que no ay necessidad de mas respuesta de la que resulta de lo dicho en nuestra primera alegacion,en el articulo segundo,solo en el numer.67.de la alegacion de la otra parte,se pretende funder,que el Preposito, no pudo cometer,ni ceder la facultad que a el le tocaua al Dean,para este patronazgo,ex Molin.lib.2.cap.4.num.62.&63.y alli las adiciones,y el Padre Molina,disput.592.n.16.A lo qual se satisfaze.

14 ¶ Lo primero,con que Molina y los demas que tocan la question,solo dizen,que la facultad de elegir es personalissima,y no passa a los herederos,ni puede cederse,mas no dizen,q̃ en virtud de poder no pueda exercitarse,mayor

mente

mente dandose a persona cuya industria esta ele gida para lo mismo, para lo qual son textos a propósito el cap.quia propter,§.illud,de elect. & cap.si quis iusto, in princip.eod.tit.de elect. lib.6. donde la eleccion de Preuendas, y votar en ellas, es personalissimo, y se atiende a la industria de la persona, y con todo esso se permite que siendo dado el poder a vno de los que tiené voto, se sustéte, tradit latè Augustin.Barbos.de iure vniuers.lib.1.cap.19.num.104.sin que obste dezir, que es necessario en este caso, que tenga impedimento legitimo el que dà el poder: lo qual tambien ay en este caso, por estar, como estaua el Preposito, en la ciudad de Antequera, ocupado en su Iglesia, y el Dean en Malaga en la suya, y tenian tratado lo que se auia de hazer, como consta del mismo poder, y deste pleyto, el qual fue impedimento legitimo, vt constat ex traditis a Barbos.vbi proximè nu.108.

15 ¶ Lo segundo se responde, que quando la eleccion que se ha de hazer, es de persona cierta, puede cometerse a otro, porque entonces viene a ser vn mero hecho, que no puede alterarle la persona a quien se dá poder, y es lo mismo q̃ si lo hiziesse el que lo dâ, lo qual es conforme a las dotrinas de todos los que tratan la materia. Y que fuesse persona cierta la que el Preposito quiso que se nombrasse en primer lugar para este patronazgo, consta de las palabras del poder, en que dize se le dà para que execute la volũtad del Obispo, y conforme a lo que teniã tratado, lo qual es presuncion indubitable de que era persona cierta, argument.text. in l. post mortem, C.de fideicommis.iũcta glo.verb.*restituere*, vbi Bald & Ias.& communiter DD. Y que la voluntad del Obispo fuesse que don Iuan Alonso sucediesse en el patronazgo, despues del Dean, y

Prepo

Prepoſito, conſta de la carta preſentada en eſte pleyto, donde dize, que es la perſona que ha de quedar en lugar de la ſuya, y ſucederle, y ſiẽpre los fundadores comunican ſu voluntad con los comiſſarios, vt tradit Mier. de maioratib. 1. p. quæſt. 48. num. 191. in nouiſ. addition. y eſto q̃ es preſuncion viene a eſtar pronado ya en eſte pleyto, con las cartas que nueuamente ſe hã preſentado en el, por donde conſta que el Prepoſito queria que ſe nombraſſe a don Iuan Alonſo, y no ſe reuocaſe ſu nombramiento, y las cartas por eſcriuirſe es ſecreto prueuan mas facilmente, con ſola la cõparacion de la letra, vt ex Bart. in l. nuda ratio, ff. de donation. & in fi. & in l. ad monendi, n. 30. Felin. in cap. 2. de fide inſtrum. num. 17. Deci. num. 16. & aliјs tredit Couarruu. practicar. cap. 22. nu. 7. vbi communem dicit, y no pueden negarſe las que ſe han preſentado por nueſtra parte, y eſtan eſcritas a terceros, cõ que ſe les deue dar mayor credito.

16 ¶ Lo tercero, porque vna coſa es dar facultad para elegir, y otra dar poder para hazer vn patronazgo, o mayorazgo, como lo hizo el Obiſpo, porque en eſte caſo ſe limitan las dotrinas que ſe citan en contrario, como lo dize el adicionador de Molina, dict. lib. 2. cap. 4. nu. 63. in fi. ibi: *Hoc limitatur in facultate conceſſa ad faciendum maioratum quæ poteſt alteri cedi, Mier. 1. part. quæſt. 48. ex num. 1. D. Ioann. del Caſt. d. cap. 36. num. 1.* Y aqui aun no ay neceſsidad de valernos deſte fundamento, por ſer, como queda dicho el caſo deſte pleyto, otorgar vna eſcritura de patronazgo, en virtud de poder dado al Dean y Prepoſito, que pudo el vno dellos, por ſus ocupaciones, y eſtar auſente en ſu Igleſia, otorgar poder al otro, para que en ſu nombre, y conforme a lo que teniã tratado, y a la voluntad

tad

tad del Obispo, otorgar la dicha escritura, como se hizo.

Respuesta a algunos fundamentos del segundo Articulo de la alegacion contraria.

17 ¶ Desde el num. 1. hasta fin del nu. 17. se procura satisfazer a los fundamentos que por nuestra parte se dan, para que el marido, sin poder de la muger, no pueda tomar possession de los bienes de vn patronazgo que no le està dado en dote; y en el num. 9. se haze distincion de tres generos de bienes de la muger, dotales, paraphernales, y los que la muger retiene en si vltra dotem: y que en los de primero y segundo genero potest agere sine mandato vxoris, y en los de tercer genero, cũ cautione de rato; y se cita a Salgad. de Reg. protection. 4. part. cap. 8. num. 272. que confusamente lo dà a entender, y Fontanel. tom. 2. claus. 6. glos. 2. part. 7. num. 6. & seqq. en lo qual la resolucion cierta es, que se cõsideran dos generos de bienes, vnos dotales, y otros paraphernales; y estos se diuiden en dos especies, vnos que permite la muger que el marido los administre, y otros que los retiene en si: esta distincion pone Bald. consi. 478. nu. 1. lib. 5. Socin. consi. 82. num. 4. lib. 8. Menoch. consi. 56. num. 2. Ias. in l. maritus, num. 11. C. de procurator. Gregor. Lopez, in l. 17. tit. 11. part. 4. glos. 2. Andr. Gail, obseruat. lib. 1. obseruat. 133. num. 5. Petr. Barbos. 1. part. l. 2. in princip. ff. solut. matrim. num. 55. versi. *Vel pro concordia oppinionum*; y en este segundo genero de bienes paraphernales, o extradotales, como dizen otros, no se admite el marido sine mandato vxoris, vt tradit Petrus Barbos. vbi proximè num. 55. verlic. *Secunda est*, per text. in dict. l. maritus, C. de

D proca

procuratoribus, sequitur Fontanel. dict. clauf. 6. glos. 2. part. 7. num. 10. & 54. & seqq. Y en bienes de patronazgo, o mayorazgo, que toca a la muger, es esto menos dudoso, y mas tratandose de aprehéder la possession dellos, que la transfirio la ley en el verdadero sucessor; y quando lo es la muger, no parece que el marido sin poder suyo podra aprehenderla, sin que sean de consideracion los textos que se traen en la alegacion contraria, num. 14. que como dellos parece, hablan en diferentes terminos, y la glos. en la l. 1. C. de acquirend. possess. porque no dizē los textos, ni la glos. que sin poder, siendo la persona estraña, se adquiera la possession, como lo notó la misma glossa, ibi: *Per liberam personam, idest, per procuratorem*, y esto mismo prueva la l. 1. §. per procuratorem, ff. de acquirend. possess. vbi glos. & DD. Ni tampoco es de consideracion lo que se alega en el num. 15. de la alegacion contraria, porque no se prueva por las doctrinas q̄ se citan, que el marido puede en los bienes feudales aprehender la possession por la muger sin poder, porque Arismino variar. tom. 2. tit. de acquirend. possess. cap. 25. lo que dize es, que es pressuncion de posseer la muger, si el marido esta posseyendo, y administrando los bienes que tocan a la muger, aunque no conste, que ella aprehendiesse la possession.

18 ¶ Y aunque Fontanela parece dà a entender que se admite el marido con caucion de rato ad agendum pro vxore in iudicio circa bona tertij generis, aqui estamos fuera desta dificultad, pues no hizo caucion don Francisco de Moya para intentar el pleyto, ni se sale de esta dificultad diziendo, que el defeto de la caucion se ha de poner ante litis contestationē, ex l. Pōponius, §. rati habitionis, ff. de pro-

procuratoribus, l. 10. tit. 5. part. 3. porque en el pleyto en que Francisco de Moya pidio la possession por su muger, no litigó don Iuan Alonso, ni fue citado para el; y quando en este trató de valerse de los autos de aquel para remedio del interim, o passó luego el defeto de poder cō que no puede dezirse, que lo hizo fuera de tiempo.

19 ¶ Y de qualquiera manera que sea, siendo muerta la muger de Francisco de Moya, como puede aprouechar la possession que se pretende se tomó en su vida, como lo fundamos en nuestra primera alegacion, y se dira en su lugar?

20 ¶ Desde el num. 18. de la alegacion cōtraria, hasta el num. 23. se trata de responder al consejo de Ramon 97. alegado por nuestra parte; para que la possession tomada en vida del posseedor, no aproueche para el remedio del interim, y se trae por contraria la decision 408. de Farinacio, tom. 2. in posthum. donde parece que en el caso della se dio manutencion. A q̃ se satisfaze.

21 ¶ Lo primero, que la dicha decision habla en diferentes terminos, porque aunque dize que por la clausula de constituto se da manutē- cion, habla en el heredero del constituyente, vt ex Curiān. consi. 173. in fin. vers. *Vnde statutum*, tradit dict. decis. Rot. num. 1. in fin. donde tambien cita al señor don Iuan del Castillo, de vsufruct. cap. 61. num. 7. que dize, que la possessiō natural se adquiere al proprietario finito, vsufructu etiam ignoranti, & ipso iure, de donde saca la conclusion referida.

22 ¶ Lo segundo se responde, que la dicha decision no habla en bienes de fideicommisso, o mayorazgo, como lo aduierte la misma decision, num. 5. y en ellos por la l. 45. de Toro, se

trans-

transfiere la possession ciuil, y natural, en el verdadero sucessor, aunque el posseedor se la aya dado en su vida a otro, y assi no pudiendo por entrego verdadero de possession transferirla el posseedor de qualquiera mayorazgo, o patronazgo a otro, mucho menos lo podra hazer por la clausula de constituto, que es acto ficto, pues no ha de obrar mas la ficcion en el caso ficto, q̃ la verdad en el caso verdadero, l. 1. in princ. C. de rei vxo. action. l. 1. §. hoc Senatu, ff. ad Trebel. cap. ad audientiam, de Clerici non resident, Gonçalez, ad regul. 8. Cancell. glos. 51. nu. 28. August. Barbos. axiomat. 97. nu. 1. & seqq.

23 ¶ Lo tercero, porque quando se reserua el vsufructo, y possession de los bienes, y administracion dellos, como lo hizo el Dean, quedãdose en la possession, aunque no fuera en bienes de patronazgo, que se juzga por las mismas reglas de mayorazgo, no se podia dar manutencion, como lo dize la dict. decis. 408. num. 6. & 7. y de qualquiera manera que sea no se ha visto dar el remedio de interim por clausula de cõstituto en bienes de mayorazgo, ni que para el se haga caso de actos hechos de possession en vida del posseedor, si no de los que despues de su muerte se hizieron.

24 ¶ Desde el nu. 23. hasta el nu. 30. se respõde a lo q̃ por nuestra parte se dize, q̃ aũque huuiera la madre de don Iosef de Moya tenido possession, no se passaua en su hijo por ser necessaria aprehension para ella, l. cum hæredes, de acquir. possess. l. 1. §. Scebola, ff. si quis testamẽt. lib. esse ius. y se dize en el num. 26., que esto no procede quando ay acto de possession en el sucessor, lo qual no negamos, mas dezimos, que no ay actos de possession en don Iosef, y aũque se pueda dar continuacion de possession en algunos

guños casos, es quando la tomó el sucessor, o heredero, o se entrò en ella, y entonces viene a ser diuersa de la possession del difunto, vt tradit Baldo, in authent. defuncto, num. 4. 5. & 6. C. ad Tertulian. Peregrin. de fideicommis. artic. 48. num. 1. Y aqui no ay nada desto. Y en el num. 27. se pretende fundar, que la possession de doña Ysabel Arias passó en don Iosef su hijo, y sucessor, sine noua apprehensione, ex Nicol. Garcia de beneficijs, 5. part. cap. 5. num. 33. & seqq. A que se satisfaze.

25 ¶ Con que Nicolas Garcia en el lugar citado, habla en los derechos incorporales, vt patet ibi: *Quod quasi possessio iurium incorporalium transit in hæredem absque aprehensione, &c.* Y con todo esso ay por la contraria opinion muchos Autores y decisiones de Rota, que refiere alli el mismo Nicolas Garcia, num. 35. & 36. y lo tiene Gonçalez regul. 8. glos. 34. num. 108. & Stephan. Gratian disceptat. forens. cap. 113. num. 76. Y aunque en el num. 37. diga el mismo Gõçalez que la primera opinion le parece mas verdadera, y que procede en la quasi possession del derecho de Patronato, para presentar que tenia el antecessor, no es este nuestro caso, en el qual se trata de la possession del mismo patronazgo, y no del derecho de presentar, ni de otro que toque a el, y con todo esso en los derechos incorporales no se puede adquirir la quasi possession dellos, nisi mediante scientia, & pacientia aduersarij, l. si ego, §. 1 ff. de publician. in rem acti. l. penultima, ff. de seruitut. & Salgado qui plures refert, de Regia protect. part. 3. cap. 10. num. 16. la qual tambien falta en este caso.

26 ¶ En el num. 29. de la alegacion contraria, se trae la decision de Rota de Farinac. 618. tom. 2. nouissimar. que no hallo en el, y pare-

ce es

ce es en el tomo 1. y la decision 146. tom. 2. in posthum por las quales se pretende fundar, q̃ la possession tomada por el marido nomine vxoris, se continua y passe en el hijo sucessor, y conserua mediante la persona del padre, y es manutenible, y que assi son deciones en terminos de el caso deste pleyto. A que respondemos, que las dichas deciones son ciertas en el caso en que hablan, que es en la possession que tenia tomada la madre en vida, y despues de su muerte, la continuo el hijo, y el padre como legitimo administrador la conseruò, y assi lo dize el sumario de la dicha decision 146. num. 1. ibi: *Possessio matris defunctæ continuatur in filium infantem, & in illius patrem ratione legitimæ administrationis & vsufructus, &c.* Y assi no negamos que quando el padre, o madre tiene tomada possession de alguna cosa, y el hijo se halla en ella y la continua, esta possessió sea verdadera y manutenible, mas quando la possession que tomó la madre es solo imaginada, y no consta que la continuasse el hijo, haziendo actos de possession, estamos en la regla de la l. cum hæredes, de acquirenda possess. cum alijs supra adductis. Porque aqui no se halla la madre en possession, ni la tomó en su vida de tal manera que pudiesse continuarse en el hijo, y la decision 61 S. tomo 1. nouissim. habla, como parece della, quando el sucessor tomò la possession despues de la muerte de su antecessor, mediante la persona de su procurador.

27 ¶ Desde el num. 31. hasta el num. 53. deste segundo articulo, se trata de responder al fundamento que por nuestra parte se trae, que es necessario que la possession para ser manutenible, sea del tiempo en que se mouio el pleyto, y dizen que Francisco de Moya hizo muchos actos de possession despues de la muerte de el vltimo

patron,

patron; y que assi no puede negarse que tenia possessión al tiempo que se intentó este pleyto. A lo qual tenemos respondido en nuestra prime ra alegacion, y mostrado que no hizo actos de possession; y assi no los repetimos en este papel por no alargarle. Y en el num. 47. de la alegacion contraria, se dize, que distribuyó Francisco de Moya del patronazgo dos mil Reales para niños expositos de la Ciudad de Malaga, y que fue acto de possession del. Y consta por testimonio que se ha presentado por nuestra parte, despues de visto este pleyto, que no se han dado a los niños expositos antes ni despues de la muerte de el Dean, marauedis algunos del dicho patronazgo: y desta manera son todos los actos de possession que pretende la otra parte auer hecho.

28 ¶ En el num. 53. de la alegacion contraria, se dize, que teniendo don Iuan Alonso vn nombramiento reuocado, es titulo ineficaz para este remedio sumarissimo, y para otro qualquier possessorio, y se cita para esto al señor don Iuan del Castillo, lib. 3. cap. 24. num. 106. & 143. y a Giurba decis. 79. num. 24. 25. & 26. A que se responde con facilidad, que tambien en este juyzio possessorio se ha mezclado el de la propiedad, como parece de las peticiones dadas en el, y que no es ageno del juyzio de la propiedad el remedio del interim, sino mas propio de el que del juyzio possessorio, como parece de los Autores que tratan del remedio del interim, citados en nuestra informacion primera, num. 2. Y tambien se responde, que siendo la reuocacion euidentemente nula, no se impide el remedio possessorio, y se puede oponer en el, como lo dize expressamente Giurba, citado en contrario, decis. 69. num. 16. y cita por esta parte infinitos autores, y en la decis. 79. citada en contrario en

el

el num. 26. se refiere a esta decision, y siendo como es titulo nulo del que se vale dō Iosef de Moya, no puede impedir la possession pedida por nuestra parte, quia titulus nullus habetur pro nō titulo, l. nec vllam §. 1. ff. de petition. hæred. Angel. in §. sed istæ quidem, institut. de action. in fin. Bald. in l. in ciuilem, num. 2. C. de furtis Bart. & omnes, in l. si alias autem §. si duobus num. 1. ff. de public. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 13. num. 55. ibi: *Ille namque titulus habetur pro non titulo, ideoque non impedit prædictum remedium possessorium, &c.* Alter Molin. de iust. & iur. tom. 3. disputat. 638. num. 4. Y aunque dict. Dom. Christoual de Paz de tenuta, cap. 28 num. 17. & sequentibus, funde lo contrario, cōtra su opinion; y por la de Molina está la de su adicionador, num. 52. vsque ad 56. Y donde se alarga mas en nuestro fauor, y funda que se admite replicacion contra el titulo nulo en el juyzio de tenuta, por tener mezclada la causa de propiedad, ex Cardin. in cap. veniens el 2. de testibus, vbi Felin. num. 13. Puteus, decis. 166. n. 1. lib. 2. Cartar. decis. 447. num. 4. & 5. Montierdo, decis. Aragon. 42. num. 96. Osasc. decis. 26. num. 14. & decis. 23. num. 56. Rolando, consil. 1. num. 70. & 76. lib. 1. Y en el fin de la dicha adicion de Molina, dize que esta opinion es recibida, y es mas comun; vt patet, ibi: *In iudicio tenutæ superior sententia verior & receptior est, cum sit mixtum, & in eo de omnibus exceptionibus proprietatem concernentibus cognoscatur.*

Al tercero Articulo, sobre sequestro y retencion.

29 ¶ No tenemos que añadir alo dicho enlas dos primeras alegaciones sobre este articulo, si no es que despues de visto este pleyto se han trai

do

do testimonios por donde consta lo que deue Francisco de Moya, y quan dificultosa seria la recuperacion de los frutos si se le diessen en el interim los bienes de este patronaygo, lo qual es causa bastante, quando no vuiera otra para el sequestro, vt diximus, ex Menochio, Diego Perez, don Christoual de Paz, de tenuta, cap.10.num. 27. Cancer.lib.3.cap.20.numer. 220.Stephan. Gratian. Thusc. y otros que se refieren en la primera alegacion, num.37. y el remedio del interim no es proprio de el juyzio possessorio, y de tenuta de bienes de mayorazgo, como lo aduierte Molina, de primog. lib.3. cap.13.num.17. alter Molin. de iustit. & iur. disputat.638. num.10. y aunque tenga lo contrario Mier. quem refert, & sequitur Paz, de tenut. cap.9.num.1. & seqq. Es cierto, que si no es q̃ se tema vna gransedicion, o escandalo, no se admite este remedio, como lo dize el mismo Molina, y su adicionador, dict.cap.13.num.70.72. & 73. y siendo este vn pleyto que requiere la determinacion de tan grandes juezes, y que se ha disceptado largamente sobre el en esta Chãcilleria, y puede acabarse con breuedad, no seria justo remitirle al Ordinario, auiendo, como tambien ay caso de Corte, conforme a las leyes del Reyno, por ser sobre bienes de mayorazgo, y causa ardua, y auiendo sido tambien recusado por nuestra parte, con causa y sospecha legitima, y no siguiendose daño a ninguna de las partes, que no tienen su casa en Malaga, y se les escusan costas, y se abreuia este pleyto, cosa tã encomendada a los señores juezes por todos derechos. Y assi se espera se ha de determiuar cõforme a nuestra pretension. S.V.D.C.